Die Zufallshaftung des Auftraggebers gegenüber dem Beauftragten

Inaugural-Dissertation
der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Wilfried Prietze
Gerichtsreferendar in Halberstadt

Approbiert am 26. Februar 1937

Gedruckt
im Tageblatt-Haus Coburg
1937

1937/214

Referent: Univ.-Professor Dr. Lent.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

Seite:

A. Einleitung:

Zweck der Arbeit 7

B. Hauptteil:

I. Teil: Das Problem.

1. Begriff und Wesen des Auftrags 7
2. Das römische und das deutsche Haftungsprinzip. — Geschichtlicher Ueberblick 9
3. Die Entstehungsgeschichte des BGB im Hinblick auf die Haftung des Auftraggebers 11
4. Das Schweigen des BGB und seine Folgen . . . 13
5. Die Lehre von der „culpa in contrahendo“ und ihr Einfluß auf die Haftung des Auftraggebers 14
6. Fremdes Interesse — Fremde Gefahr 15

II. Teil: Die einzelnen Versuche zur Begründung der Zufallshaftung des Auftraggebers und ihre Würdigung 17

1. Haftung aus einer unmittelbaren Anwendung des § 670 BGB. „Aufwendung“ ein „Blankettbegriff“.

   Subsumierung des Schadensbegriffs unter den der Aufwendung. Verflüchtigung des Gegensatzes von Schaden und Aufwendung. „Bedingte“ Aufwendung.

2. Haftung aus einer analogen Anwendung des § 670 BGB . 21
3. Haftung aus § 242 BGB: Gebot von Treu und Glauben . 22
4. Haftung aus § 157 BGB: Stillschweigender Garantievertrag auf Sicherstellung des Beauftragten 23

C. Schluß: Betrachtungen im Hinblick auf die Rechtserneuerung.

1. Umfang der Zufallshaftung 26
2. Starres Schadensersatzrecht — billiges Ausgleichsrecht . . 29

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533908_0134

Literaturverzeichnis.

Arndts Lehrbuch der Pandekten, 5. Auflage, München 1865.

Böckel: Die Schadensersatzpflicht des Auftraggebers gegenüber dem Beauftragten (im Archiv für die zivilistische Praxis, B. 96, S. 376 ff.).

Brückmann: Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag, zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Begriff der auftraglosen Geschäftsbesorgung, 1903.

Crome: System des deutschen Bürgerlichen Rechts, II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, Tübingen und Leipzig, 1902.

Dallos: Code Civil, Annoté D'Aprés La Doctrine Et La Jurisprudence, Paris 1908.

Danz: Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, III. Aufl., Jena 1911.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, IV. Aufl., bearbeitet von Dr. Leo Raape, Halle 1915, II 2.

— Pandekten, 5. Aufl., Berlin 1897.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch, III. Aufl., 1932.

Eck: Vorträge über das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches, Band I, Berlin 1903.

Eisele: Die Haftung des Mandanten für Schaden des Mandatars (im Archiv für die ziv. Praxis, Bd. 84).

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, VIII. Auflage, 1903, I. Band.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Band: Recht der Schuldverhältnisse, 12. Bearbeitung, 1932.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, II. Lesung, Leipzig 1895.

Gierke, Otto v.: Deutsches Privatrecht, III. Bd., Schuldrecht, München und Leipzig 1917.

Glück: Ausführliche Erläuterung der Pandekten, Bd. 15, II. Auflage 1868.

Hafner: Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1905.

Haymann, Franz: Ersatzansprüche bei Verfolgung von Verbrechen, in J. W. 1932, S. 367.

Heck: Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929.

Hedemann: Schuldrecht des BGB., 2. Auflage 1931.

Henle: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. II. Schuldrecht, 1934.

Hirsch: Der Sachsenspiegel, Berlin und Leipzig 1936.

Hoeniger: Kritische Besprechung reichsgerichtlicher Entscheidungen (im Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 35).

Hübner: Grundzüge des Deutschen Privatrechts, V. Auflage, Leipzig 1930.

Ihering: Schadensersatz bei nichtigen Verträgen (in Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 4).

Isay: Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, Jena 1900.

Kohler: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Band, I. Teil, Berlin 1906.

Kommentar der Reichsgerichtsräte, I. Bd. 1934.

Krautwig: Die Haftung für zufällige Schäden beim Auftrag und bei der Geschäftsführung ohne Auftrag im Bürgerlichen Gesetzbuch nebst einer rechtsvergleichenden Uebersicht. Köln. Inaug.-Diss. 1929.

Kreß: Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts 1929.

— Lehrbuch des besonderen Schuldrechts 1934.

Lange: Vom alten zum neuen Schuldrecht, Hamburg 1934.
Lehmann: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, IV. Auflage.
Leonhard, Franz: Besonderes Schuldrecht des BGB., 1931.
Lotmar: Der Arbeitsvertrag, Bd. I, Leipzig 1902.
Maschke: Die Haftung des Mandanten für den dem Mandatar bei Ausführung des Auftrags erwachsenen Schaden (im Archiv für die ziv. Praxis, Bd. 85, S. 123 ff.).
Matthiaß: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes, 6. und 7. Auflage, Berlin 1914.
Michaelis, Herbert: Haftet der Auftraggeber dem Beauftragten für Schäden, die der Beauftragte bei Ausführung des Auftrags erlitten hat. Erlanger Inaug.-Diss. 1931.
Mommsen: Erörterungen aus dem Obligationenrecht, II. Heft 1879.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. II, 1888.
Müller-Erzbach: Gefährdungshaftung und Gefahrtragung (im Archiv für die ziv. Praxis, Bd. 106 und Bd. 109).
Oertmann: Kommentar zum BGB. Schuldverhältnisse 1929.
Orthal, Heinrich: Die Schadensersatzpflicht des Auftraggebers nach dem BGB., nebst einer rechtsvergleichenden Uebersicht. Erl. Inaug.-Diss. 1901.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II 2: Recht der Schuldverhältnisse, 1928.
Protokolle zum Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. II, 1898.
Puchta: Pandekten, 8. Aufl., Leipzig 1856.
Rümelin, Gustav: Culpahaftung und Causalhaftung (im Archiv für die ziv. Praxis, Bd. 88, S. 285 ff.).
Siebenhaar: Kommentar zum BGB. des Königreichs Sachsen, Bd. II, 2. Auflage 1869.
Schollmeyer: Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuche, II. Auflage, Berlin 1904.
Schmidt, Arthur Benno: Die Grundsätze über den Schadensersatz in den Volksrechten. In Untersuchungen zur Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, herausgegeben von Otto v. Gierke, Heft XVIII, 1885.
Siber: Grundriß des Deutschen bürgerlichen Rechts, 2: Schuldrecht, 1931.
Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch 1931.
Stammler: Die Lehre von dem Richtigen Recht, Berlin 1902.
Staudinger: Kommentar zum BGB. 1925/1929.
Stobbe: Zur Geschichte des Deutschen Vertragsrechts, Leipzig 1855.
Stobbe-Lehmann: Handbuch des Deutschen Privatrechts, neu bearbeitet von H. O. Lehmann, Bd. III, 3. Auflage, 1898.
Tuhr, v.: Actio de in rem verso. 1895.
Unger: Handeln auf fremde Gefahr (in Iherings Jahrbücher 1894, S. 299 ff.).
Schey, v.: Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch, Wien 1906.
Weißgerber: Rechtsvergleichende Betrachtungen über die Haftung des Auftraggebers insbesondere für zufälligen Schaden, Jena. Inaug.-Diss. 1935.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl. 1900.

Entscheidungssammlungen.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entscheidungen des Reichsgerichts in der Juristischen Wochenschrift.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Entscheidungen des Reichsgerichts in „Das Recht".

A. Einleitung.

Wir stehen in einer gewaltigen Umwälzung unseres gesamten Rechtes. Das Bürgerliche Gesetzbuch als Kind einer individualistisch denkenden und fühlenden Zeit wird ihr nicht entgehen. Bei seiner Neugestaltung wird das Wort maßgebend sein, das der Führer der deutschen Rechtswahrer auf dem Parteitag der Freiheit aussprach: „Zum Volke hin muß das Recht marschieren; Volksseele und Rechtsseele müssen eins werden."

Die Reform greift naturgemäß zuerst dort ein, wo das geltende Recht im krassesten Widerspruch zu nationalsozialistischem Ideengut steht. Erst an zweiter Stelle werden die Fälle in Angriff genommen werden, in denen volksfremder Geist weniger deutlich hervortritt, und es der Rechtsprechung sowie Rechtslehre — wenn auch mit Hilfe gewagter Konstruktionen — gelang, eine billige Entscheidung zu treffen.

Weniger reformbedürftig sind diese letzteren deshalb jedoch nicht. Denn ein volksnahes Recht soll möglichst konstruktionslos und ungekünstelt sein, klar und unmittelbar dem Volke verständlich.

Aufgabe dieser Arbeit soll es sein, auf einen solchen Fall hinzuweisen, ihn im Streit der Meinungen zu entwickeln und dadurch die Notwendigkeit einer Neuregelung im zukünftigen Recht zu zeigen.

B. Hauptteil.

I. Teil: Das Problem.

1.

Wenn einer handelt, so tut er es gewöhnlich auf seine eigene Gefahr. D. h. er muß den Schaden, den er durch seine Tätigkeit erleidet, selbst tragen und kann ihn nicht auf einen schuldlosen Dritten abwälzen.

Und doch fordern oft Gerechtigkeit und Billigkeit, dem Handelnden den Schaden abzunehmen und ihn einem anderen, mag dieser auch noch so frei von Schuld sein, aufzubürden.

Dieses Problem der endgültigen Schadenstragung, das die Juristen seit jeher beschäftigt hat[1]), steht auch in dem von uns zu

[1]) Böckel, S. 376, 377 führt Stellen aus Hammurabis Gesetz (2250 a. Ch. n.) an, die schon hierzu Stellung nehmen.

bearbeitenden Verhältnis zwischen Auftraggeber und Beauftragten im Vordergrund.

Die Tatsache, daß das nicht zuletzt im Wesen des Auftrags begründet liegt, erfordert zunächst dessen genaue Definition.

Der Ausdruck „Auftrag" wird im täglichen Leben in den verschiedensten Bedeutungen gebraucht [2]).

Im gesetzestechnischen Sinne versteht man jedoch darunter etwas ganz Bestimmtes. Dort ist Auftrag einmal die Aufforderung zur unentgeltlichen Geschäftsbesorgung, also eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung [3]) sodann der Vertrag selbst, der durch die Annahme einer solchen Aufforderung zustande kommt. Im letzteren Sinne — und hier nur wird das Problem der endgültigen Schadenstragung praktisch — ist Auftrag demnach ein Vertrag, durch den sich jemand (der Beauftragte) einem andern gegenüber verpflichtet, für ihn oder einen Dritten unentgeltlich ein Geschäft zu besorgen [4]). Die Geschäftsbesorgung kann sowohl in der Vornahme eines Rechtsgeschäftes, wie in einem Handeln rein tatsächlicher Natur bestehen.

Das besondere Merkmal des Auftragsvertrages ist, wie die Definition zeigt, erstens, daß der Beauftragte im fremden Interesse tätig wird. Hierbei kann er sehr wohl auch seine eigenen Interessen wahrnehmen, doch darf es nicht ausschließlich der Fall sein [5]). Zweitens muß die Tätigkeit des Beauftragten unentgeltlich sein. Allerdings widerspricht eine Belohnung des Beauftragten solange dem Wesen des Vertrages nicht, wie in ihr nicht ein Entgelt für die Ausführung zu sehen ist.

Die beiden charakteristischen Eigenschaften des Auftragsvertrages, Handeln im fremden Interesse und Unentgeltlichkeit, sind es, die gerade bei ihm notwendigerweise zu der Frage zwingen, wer den Schaden, den der Beauftragte bei der Ausführung des Auftrages erleidet, tragen soll, ob der unmittelbar Geschädigte selbst oder sein Auftraggeber.

Bei Verschulden oder vertraglicher Haftungsübernahme bietet die Beantwortung der Frage keine Schwierigkeiten und ist selbstverständlich. Sie scheidet deshalb auch aus unseren Betrachtungen aus.

Anders dagegen, wenn der bei der Ausführung eingetretene Schaden des Beauftragten weder durch ihn noch durch den Auftraggeber verschuldet ist, es sich also um zufälligen Schaden handelt. Ob auch hier eine Schadensersatzpflicht des Auftraggebers besteht, soll uns beschäftigen.

---

[2]) Der Kaufmann erteilt einen Auftrag und meint damit die Offerte zum Abschluß eines Kauf- oder Werkvertrages; das Fräulein „beauftragt" die Freundin, gelegentlich aus der nächsten Stadt eine bestimmte Rolle Stickgarn mitzubringen, ohne sie durch den Auftrag irgendwie dazu verpflichten zu wollen. Der Offizier erhält einen Auftrag bei einer Gefechtsübung; da ist Auftrag = Befehl.

[3]) So in §§ 662, 663 BGB.

[4]) So in §§ 671 ff.

[5]) Interesse des Auftraggebers und das des Beauftragten sind niemals wie beim gegenseitigen Vertrage entgegengesetzt, sondern decken sich höchstens.

2.

Deutsches und römisches Recht, die großen Rivalen bei der Gestaltung des Bürgerlichen Gesetzbuches, stehen sich auch in unserer Frage feindlich gegenüber.

Das römische Recht kennt grundsätzlich nur eine Haftung für Verschulden. Nur dann also, wenn der Eintritt des den Mandatar schädigenden Ereignisses auf ein schuldhaftes Verhalten des Mandanten zurückzuführen war, mußte er Schadensersatz leisten. Den zufälligen Schaden trug dagegen der Mandatar selbst [6]).

Im schärfsten Gegensatz hierzu das ältere deutsche Recht. Ein starres, streng durchgeführtes Verschuldungsprinzip gibt es hier nicht. Die römischen Regeln „casus a nullo praestantur" und „casum sentit dominus" sind ihm unbekannt. Vielmehr war eine Haftung auch für Zufall sehr oft und namentlich dann gegeben, wenn jemand im fremden Interesse tätig war und dabei zu Schaden kam. So mußte, um einzelne der zahllosen Beispiele herauszugreifen, der Lehnsherr seinem Vasallen allen Schaden ersetzen, den dieser im Dienst für seinen Herrn erlitt, desgleichen die Stadt ihrem Beamten, und der Schuldner hatte für alle Nachteile aufzukommen, die seinem Bürgen im Einlager zustießen [7]). Ganz klar heißt es in einer Vorschrift des Sachsenspiegels (III 6 § 3): Wirt aber îme [8]) sîn phert oder ander sîn gût dublîche oder roublîche genomen în des herren dînste âne des knechtes schult, daz mûz îme der herre gelden; dâ vor mûz man ouch deme herren antwurten, ab her dar ûf claget [9]).

Diese in solchen Fällen immer wiederkehrende Zufallshaftung läßt ohne Bedenken die Annahme zu, daß das Rechtsgefühl unserer Vorfahren von dem Grundsatz beherrscht wurde, überall dort, wo jemand bei Ausführung einer vertraglichen Verpflichtung, die er im Interesse eines anderen wahrnahm, einen Schaden erlitten hatte, einen Ersatzanspruch zu gewähren und somit den Kontrahenten die Gefahr des Handelns tragen zu lassen [10]).

Mit dem Vordringen des römischen Rechtes und damit des Verschuldensprinzips wurde naturgemäß dieser Grundsatz immer mehr

---

[6]) Das ist aber nicht unbestritten. Zwei Stellen im Corpus iuris civilis beschäftigen sich mit der Haftung des Mandanten für zufälligen Schaden. Während die eine (D 17 1 26, §§ 6, 7 Paulus) die Haftung ablehnt, scheint die andere (D 47 2 63, § 5 Africanus) sie zu bejahen. Der Widerspruch führte zu den verschiedensten Ansichten. Die Mehrheit verneint jedoch mit Rücksicht auf das Verschuldensprinzip eine Zufallshaftung. So Puchta, Pand. § 324, S. 483, Dernburg, Pand. II, S. 323, Arndts Pand. § 293, S. 478; Glücks Pand. Bd. 15, S. 313, Windscheid, Pand. § 410, 2, S. 804; a. A. Momsen, Erört. II. Heft, S. 58, Ihering a. a. O., S. 37, Unger a. a. O., S. 325, Eisele a. a. O., S. 319 ff.

[7]) Stobbe § 230 II 2 c.

[8]) d. h. dem Knecht.

[9]) Uebersetzt nach Hirsch, S. 232: Wird ihm aber ein pferd oder anderes gut durch diebstahl oder raub genommen in des herren dienst ohne des knechtes schuld, das muß ihm der herr ersetzen. Dafür muß man auch dem herrn sich verantworten, wenn er darauf klagt.

[10]) Böckel, S. 380, Stobbe-Lehmann § 230 I 4, Stobbe S. 285, 293, Gierke Bd. 3, S. 128, Müller-Erzbach, a. a. O., Bd. 109, 1 ff.

zurückgedrängt. Wenn trotzdem noch im Mittelalter die Ansicht herrschte, daß der Auftraggeber auch für zufälligen Schaden haften müsse, so ist das sicherlich nicht zuletzt auf deutsch-rechtliches Fühlen zurückzuführen, mögen sich ihre Vertreter auch auf einen römischen Juristen berufen haben [11]).

Für das gemeine Recht wurde der Streit dann zugunsten des römischen Standpunktes entschieden.

Auf diesem fußend, vertraten die meisten Entwürfe zur Kodifizierung des bürgerlichen Rechts im 19. Jahrhundert ebenfalls das Verschuldensprinzip und ließen infolgedessen den Auftraggeber nur für den Schaden aufkommen, der in seinem schuldhaften Verhalten begründet war, oder dessen Risiko er durch Verabredung übernommen hatte.

So ganz eindeutig der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Großherzogtum Hessen (1853) in 4. Abteilung 2. Buch Art. 288, während in dem entsprechenden Entwurf für das Königreich Bayern (1861) der Beauftragte insofern etwas besser gestellt wurde, als der Auftraggeber auch die Schäden tragen mußte, die er vermöge der ihm bekannten besonderen Gefährlichkeit der Dienstleistung voraussehen konnte, Teil II § 703 in Verbindung mit § 493. Ferner galt in dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen (1863) der Grundsatz, keine Haftung ohne Verschulden. Wenn nach den Motiven zu diesem Gesetz der Auftraggeber auch für den zufälligen Schaden haften sollte, den der Beauftragte durch die Gefährlichkeit des Auftrages erlitten hatte, so bezog sich das nach Siebenhaar nur auf solche Schäden, die unter den Begriff der Verwendungen gebracht werden können [12]).

Dagegen hat sich der deutsche Gedanke im „code civil" durchgesetzt. Denn dort heißt es im Art. 2000: Le mandant doit aussi indemniser le mandataire des pertes que celui-ci a essuyées à l'occasion de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable."

Auch das Preußische allgemeine Landrecht kennt, wenn auch nicht so ausgesprochen wie der „code civil", eine weitergehende Haftung des Auftraggebers. Zunächst ließ es ihn im I 13 § 80 grundsätzlich für Verschulden haften (wobei schon ein „geringes Versehen" genügte), durchbrach aber dieses Prinzip im I 13 § 81, der den Auftraggeber verpflichtete, auch den zufälligen Schaden zu vergüten, und zwar dann, „wenn der Bevollmächtigte die bestimmte Vorschrift des Machtgebers, ohne sich der Gefahr einer solchen Beschädigung auszusetzen, nicht hat befolgen können".

Desgleichen hat sich das Oesterreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch von der reinen Verschuldenshaftung entfernt, wenn es im § 1014 bestimmt, daß der Gewaltgeber neben dem durch sein Verschulden entstandenen, auch den mit der Erfüllung des Auftrags

---

[11]) Man zog zur Begründung dieser Ansicht die Stelle des Africanus heran, vergl. Glücks Pand. Bd. 15, S. 314. Der Glossator Accursius ließ den Auftraggeber sogar für den zufälligen Schaden haften, der nicht einmal mit der Ausführung des Auftrags in einem inneren Zusammenhang stand.

[12]) Kommentar z. Sächs. BGB., Bd. II, § 1314, S. 316.

verbundenen Schaden ersetzen muß, und es in § 1015 weiter lautet: „Leidet der Gewalthaber bei der Geschäftsbesorgung nur zufälligerweise Schaden, so kann er in dem Falle, daß er das Geschäft unentgeltlich zu besorgen übernahm, einen Betrag fordern, welcher ihm bei einem unentgeltlichen Vertrage nach dem höchsten Schätzungswerte gebührt haben würde." Schließlich bringt auch das Schweizerische Obligationenrecht wenn auch nicht unter Loslösung vom Verschuldensprinzip dadurch eine günstigere Stellung des Beauftragten, als es dem Auftraggeber die Beweislast dafür auferlegt, daß der dem Beauftragten aus dem Auftrage erwachsene Schaden ohne alles Verschulden von seiner Seite entstanden ist (Art. 402 II).

3.

Bei der Verschiedenheit der Ansichten durfte man auf die Stellungnahme des BGB. gespannt sein. Wer jedoch von ihm eine wie in den angeführten Gesetzen bzw. Entwürfen stets getroffene bestimmte Regelung der Schadenersatzpflicht des Auftraggebers erwartete, wurde enttäuscht.

Unter den unter der Ueberschrift „Auftrag" zusammengefaßten §§ 662—676 des Bürgerlichen Gesetzbuches befindet sich keiner, der diese Schadenersatzpflicht zum Gegenstand hat.

Da dieses Schweigen des Gesetzes nicht ohne Grund und daher für die Behandlung unserer Frage nicht bedeutungslos sein kann, so ist ein Eingehen auf die sie betreffende Entstehungsgeschichte des BGB. unerläßlich.

Schon der erste Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches enthielt keinerlei Vorschrift über die Schadensersatzpflicht des Auftraggebers. Man begründete das damit, daß wegen der Verschiedenheit der in Betracht kommenden Fälle eine Entscheidung durch das Gesetz nicht gegeben werden könne [13]). Immerhin zeigt diese Begründung, daß man den Gedanken einer Haftung des Auftraggebers nicht gänzlich ablehnte. Bei den Beratungen der zweiten Kommission wurde denn auch der Antrag gestellt, den Beauftragten einen Anspruch auf Ersatz derjenigen Verluste zu geben, die er unmittelbar durch die Geschäftsbesorgung oder aus Gefahren erleidet, die von derselben unzertrennlich sind [14]). Dieser Antrag wurde zugunsten folgenden Unterantrages zurückgestellt: „Für Verluste, welche der Beauftragte aus Gefahren erleidet, die nach dem (bestimmten) Inhalte des Auftrags von der Geschäftsbesorgung unzertrennlich sind, hat der Auftraggeber dem Beauftragten Ersatz zu leisten [15]).

Zu seiner Rechtfertigung machten die Antragsteller im Wesentlichen dies geltend: „Der Beauftragte handele, indem er das Geschäft des Auftraggebers besorge, auf dessen Rechnung und Gefahr;

[13]) Motive Bd. II, S. 541.
[14]) Protokolle Bd. II, S. 366.
[15]) Protokolle Bd. 2, S. 367.

die Gefahr würde den Auftraggeber getroffen haben, wenn er das Geschäft selber besorgt hätte. Es widerspreche dem Wesen des Auftrages, als eines in erster Linie auf Gefälligkeit beruhenden Geschäfts, dem Beauftragten die Gefahr aufzubürden. Die Anerkennung des Ersatzanspruchs stehe auch in besserem Einklange mit der Herausgabepflicht des Beauftragten. Wie der Beauftragte allen Vorteil herausgeben müsse, dessen Erlangung in ursächlichem Zusammenhange mit dem aufgetragenen Geschäfte stehe, so müsse ihm auch aller mit dieser in ursächlichem Zusammenhange stehender Nachteil ersetzt werden. Auch bestände kein Grund, den Beauftragten schlechter zu stellen als den Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft, dem doch nach Art. 93 des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches ein dementsprechender Ersatzanspruch zustände [16]).

Die Kommission lehnte jedoch den Antrag ab. Neben anderem begründete sie die Ablehnung damit, es entspreche keineswegs der Auffassung des Lebens, daß der Beauftragte deswegen, weil er im Auftrage und anstelle des Auftraggebers die Ausrichtung eines Geschäfts unentgeltlich übernehme, unter allen Umständen den Ersatz des durch die Geschäftsbesorgung verursachten Schadens verlangen dürfe. Die Entscheidung der Frage werde wesentlich davon abhängen, ob und inwieweit die Vertragschließenden den erlittenen Schaden als voraussehbar oder wenigstens als denkbar in den Kreis ihrer Rechnung gezogen haben. Handele es sich um einen Schaden, an dem beide Teile oder der Beauftragte allein gedacht haben, so entspreche es der Verkehrsauffassung, dem Beauftragten, weil er trotz Kenntnis der ihm möglicherweise drohenden Gefahr den Auftrag übernommen habe, auch das Risiko des übernommenen Auftrages aufzuerlegen. Habe dagegen nur der Auftraggeber gewußt, daß der Beauftragte sich bei Ausführung des Auftrags möglicherweise gewissen Gefahren aussetze, und habe er es unterlassen, den Beauftragten hierauf aufmerksam zu machen, so verletze er eine Pflicht, welche ihm der nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auszulegende Auftragsvertrag auferlege, und die Rechtsprechung werde nicht anstehen, den Auftraggeber zum Ersatz des durch diese Gefahren verursachten Schadens für verpflichtet zu erklären.

Außerdem aber wurde der Antrag von einer Seite deshalb abgelehnt, weil eine dementsprechende gesetzliche Vorschrift gar nicht mehr erforderlich sei. Der Beauftragte könne Ersatz seiner Aufwendungen verlangen. Diesen Begriff aber dürfe man nicht so eng fassen; denn wer einen Auftrag übernehme, stelle gewissermaßen seine ganze Persönlichkeit zum Zwecke der Erfüllung des Auftrags in den Dienst des Auftraggebers. Erleidet er hierbei an seiner Gesundheit einen Schaden, so opfere er sein Rechtsgut auf, und für dieses Opfer könne er, soweit es möglich sei, ebensogut Ersatz fordern, wie für gewisse Vermögensaufwendungen. Man könne auch

[16]) Protokolle Bd. 2, S. 367, 368.

nicht sagen, daß es sich in einem solchen Fall nicht um Aufwendungen handele, weil die Einbuße, die der Beauftragte erleide, von ihm nicht vorsätzlich herbeigeführt worden sei; die Handlung, mit der die Gefahr verbunden sei, habe der Beauftragte vorsätzlich vorgenommen, und es sei für einen Regreßanspruch der Umstand gleichgültig, daß er die Gefahr nicht gekannt habe.

Eine dritte Richtung der Antragsgegner wiederum verneinte eine derartige weite Auslegung des Begriffs Aufwendungen, wandte sich aber deshalb gegen den Antrag, weil nach Natur und dem Zwecke des Auftragsvertrages als Regel nicht anzunehmen sei, daß der Auftraggeber sich zu mehr als zu dem Ersatz der Aufwendungen in jenem beschränkten Sinne habe verpflichten wollen, und weil der Auftrag, insoweit er dem Auftraggeber in wenig sicher umschriebenen Grenzen die Haftung für Gefahr auferlege, zu Belastungen des Auftraggebers führen könne, die dem Rechtsgefühl widerstreiten würden.

Der bei der Revision des zweiten Entwurfs erneut gestellte Antrag hatte das gleiche Schicksal wie der erste, auch er wurde aus den gleichen Gründen zurückgewiesen.

4.

Diese Entstehungsgeschichte zeigt, wie sehr um die Schadenersatzpflicht des Auftraggebers gekämpft worden ist. Das Ergebnis dieses Kampfes, um es vorweg zu sagen, aber war:

die Niederlage des deutschen und der Sieg des römischen Haftungsprinzips.

Es ist zwar richtig, daß die Ablehnung des Antrags nicht nur von Gegnern einer grundsätzlichen Schadensersatzpflicht erfolgte. Aber diejenigen, die sie bejahten und trotzdem gegen den Antrag stimmten, trafen damit sich selbst, schnitten sich ins eigene Fleisch.

Denn in dem Augenblick, als keine bestimmte Regelung in dieser Frage getroffen wurde, entstand zwangsläufig die Notwendigkeit, sie in erster Linie mit Hilfe der das ganze Gesetz beherrschenden allgemeinen Grundsätze zu entscheiden.

Und da das Bürgerliche Gesetzbuch grundsätzlich nur dort haften läßt, wo ein Verschulden vorliegt — also dem römischen Verschuldensprinzip huldigt —, so sind ohne weiteres die großen Schwierigkeiten erkennbar, die sich nach geltendem Recht einer weitergehenden Haftung des Auftraggebers entgegenstellen.

Die wenigen Fälle im Gesetz [17]), in denen es eine Haftung auch für Zufall gibt, sind bewußte Ausnahmen und keineswegs Niederschlag eines einheitlichen Gedankens [18]).

---

[17]) z. B. die Tierhalterhaftung nach § 833, die Haftung des Herbergswirts für die eingebrachten Sachen des Gastes § 701.

[18]) Dies ist unbestritten. Sie werden denn auch von keiner Seite zur Begründung einer weitergehenden Haftung des Auftraggebers herangezogen.

Wenn daher die herrschende Meinung [19]) im Hinblick auf das Verschuldensprinzip die Zufallshaftung des Auftraggebers ablehnt, so entspricht das ohne Zweifel dem Geist des Gesetzes, und gegen ihn wendet sich derjenige, der eine andere Entscheidung fordert. Wie widerwillig und gezwungen man zum Teil zu diesem Ergebnis der herrschenden Meinung kommt, mögen einzelne Stimmen beleuchten.

U. a. schreibt Böckel [20]) hierzu: „So führt uns nicht eine strikte, eine engherzige Interpretation zu dem Endergebnis, daß der Beauftragte grundsätzlich den zufälligen Schaden zu tragen hat, sondern ist der Gedanke, der das Gesetz mit als ein organisches, von einem Geiste erfülltes Ganze charakterisiert, es ist das vom BGB. zur Herrschaft erhobene Verschuldungsprinzip, dem wir uns beugen, uns beugen müssen, weil das BGB. für unsere Frage nicht eine Befreiung vergönnt."

Desgleichen meint Jsay [21]): „Daß diese Regelung, wonach der Gestor für unvorhergesehenen Schaden nur im Falle eines Verschuldens des Dominus Ersatz erhält, der Billigkeit entspricht, wird man nicht behaupten können."

Und Unger [22]), die Folgen voraussehend, schreibt über das Fehlen einer Schadenersatzpflicht des Auftraggebers im ersten Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches: „Hiermit wird in Deutschland aus dem Recht der der Billigkeit entsprechende Grundsatz schwinden, daß der Beauftragte durch den Auftrag keinen Schaden leiden soll."

5.

Zuzugeben ist jedoch, daß in vielen Fällen auch in dem engen Rahmen des Verschuldensprinzips eine der Billigkeit entsprechende Entscheidung möglich ist. Es ist dies das Verdienst des nunmehr allgemein anerkannten Gedankens der „culpa in contrahendo", der dann auch von der herrschenden Meinung weitgehendst berücksichtigt wird. In den Gesetzesbestimmungen werden an sich nur zwei Pflichten des Auftraggebers erwähnt: § 669 verpflichtet ihn, dem Beauftragten für die zur Ausführung des Auftrages erforderlichen Aufwendungen auf Verlangen Vorschuß zu leisten, und § 670 befaßt sich mit dem Ersatzanspruch des Beauftragten für die von ihm gemachten Aufwendungen. Die Lehre von der „culpa in contrahendo" aber ermöglicht es, dem Auftraggeber noch weitere, und zwar solche Pflichten aufzuerlegen, die es ihm zur Aufgabe machen, alles von seiner Seite zu tun, um eine Schädigung des Beauftragten zu verhindern. Man geht bei ihr von dem Gesichtspunkte aus, daß durch den Eintritt in Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien

[19]) Böckel S. 438, Matthias S. 348, Kohler S. 392, Schollmeyer S. 123, Endemann S. 1085, Anmerkung 21, Isay S. 156, Hedemann S. 370, Rümelin a. a. O., S. 314, Leonhard S. 251, Planck, Ziff. 5 zu § 670, Staudinger Ziff. 6 zu § 670.

[20]) a. a. O., S. 432.

[21]) a. a. O., S. 156.

ein Vertrauensverhältnis hervorgerufen wird, welches sie zur gegenseitigen Rücksichtnahme und Aufklärungspflicht zwingt, und deren Vernachlässigung eine Haftung nach § 276 BGB. zur Folge hat[23]).

Nach ihr, und das dürfte für uns einer der Hauptanwendungsfälle der culpa in contrahendo sein[24]), hat der Auftraggeber auch den Schaden zu ersetzen, der dadurch entstanden ist, daß er die ihm bekannte Gefährlichkeit des Auftrags dem Beauftragten nicht mitgeteilt hatte. Ja, man geht soweit, seine Haftung aus diesem Gesichtspunkte auch dann zu bejahen, wenn er die Gefährlichkeit nicht kannte, sie aber hätte erkennen müssen, und er es infolge fahrlässiger Unkenntnis unterließ, den Beauftragten auf sie aufmerksam zu machen[25]).

Schon dieser letzte Fall aber zeigt, wie leicht es hier in dem Wunsche nach einer billigen Entscheidung zu einer Ueberspitzung des Verschuldensbegriffs kommen kann. Der Gefahr ist denn auch Orthal[26]) unterlegen, wenn er fordert, bei der Haftung des Auftraggebers aus § 276 BGB. „den Begriff der Fahrlässigkeit bis zur äußersten Grenze seiner Elastizität auszudehnen, derart, daß der Auftraggeber für Anwendung höchster Sorgfalt haftet." Eine solche besondere Sorgfaltspflicht des Auftraggebers ist aber dem Bürgerlichen Gesetzbuche unbekannt; auch der Auftraggeber handelt nur dann fahrlässig, „wenn er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht läßt."

6.

Doch auch wenn man es für zulässig erachten würde, den Verschuldensbegriff noch so weit auszudehnen, einmal wird sich bei dem besten Willen ein Verschulden des Auftraggebers nicht mehr konstruieren lassen. Und dann steht man den Fällen gegenüber, in denen nach der herrschenden Meinung eine Haftung zu verneinen ist, in denen der Beauftragte als ein vom Schicksal Getroffener[27]) den Schaden allein zu tragen hat, und wo das Billigkeitsgefühl einem starren Prinzip geopfert werden muß.

Es kann wahrlich keinem Zweifel unterliegen, daß der alte deutsch-rechtliche Gedanke, wie er im Sachsenspiegel so klar zum Ausdruck kommt, auch noch heute gilt[28]). Ihn als Ausfluß einer primitiven Erfolgshaftung anzusehen und damit abzutun, wäre töricht und völlige Verkennung des Problems. Denn nicht um den Gegensatz zwischen Verschuldenshaftung und Erfolgshaftung geht

---

22) a. a. O., S. 335.

23) RGZ. Bd. 120, S. 251.

24) Ein anderer Fall der culpa in contrahendo: Der Auftraggeber stellt dem Beauftragten zum Zwecke der Ausführung des Auftrags nicht einwandfreie Geräte usw. zur Verfügung, so daß dieser dadurch zu Schaden kommt.

25) Matthias S. 348.

26) a. a. O., S. 32.

27) Böckel S. 439.

28) Ueber den Umfang der Haftung siehe S. 26 dieser Arbeit.

es hier. Der Auftraggeber soll nicht deshalb den Schaden des Beauftragten tragen, weil er ihn durch die Auftragserteilung letzten Endes verursacht hat. Nein, was vielmehr seine Haftung rechtfertigt ist die Tatsache, daß hier jemand durch die pflichtgemäße Wahrnehmung fremder Interessen Nachteil erlitt[29]). Um wie vieles mehr muß das gerade beim Auftragsvertrage gelten, da hier der Beauftragte nicht nur im fremden Interesse tätig wird, sondern seine Tätigkeit auch noch unentgeltlich geschieht. Zumal ferner noch hinzukommt, daß nach geltendem Recht der Beauftragte entgegen der sonst üblichen Regel, denjenigen, der aus einem Vertrage gar keinen Nutzen zieht, milder haften zu lassen, jedes Verschulden zu vertreten hat.

Nach § 110 des Handelsgesetzbuchs[30]) ist die offene Handelsgesellschaft ihrem Gesellschafter zum Eratz derjenigen Verluste verpflichtet, die er unmittelbar durch seine Geschäftsführung oder aus Gefahren erleidet, die mit ihr untrennbar verbunden sind. Hier haftet also die Gesellschaft auch für Zufall, und zwar, weil „die durch die OHG. begründete engere Personen- und Interessengemeinschaft nach der in Handelskreisen herrschenden Auffassung die gemeinsame Tragung solcher Verluste als billig erscheinen lasse[31]).

Nun bedenke man, daß beim Auftragungsvertrage — sein Erfordernis der Unentgeltlichkeit gestattet diesen Rückschluß — das Verhältnis zwischen Auftraggeber und Beauftragten meistens kameradschaftlich sein wird, und weiter, daß es gewöhnlich altruistische Motive sein werden, die den Beauftragten zur Ausführung des Auftrags veranlassen. Hier stehen sich also nicht zwei entgegengesetzt interessierte Parteien gegenüber. Vielmehr unterwirft sich die eine vollkommen dem Interesse der anderen. Sollte es deshalb nicht, unter Fortentwicklung des in § 110 HGB. ausgesprochenen Grundsatzes, gemeinsame Interessen — gemeinsame Gefahr, gerade beim Auftragsvertrag recht und billig sein, zu sagen: fremde Interessen — fremde Gefahr?[32]).

Die Tatsache, daß das Bürgerliche Gesetzbuch auch an keiner Stelle einen solchen Gedanken ausspricht, kann nur geeignet sein, die herrschende Meinung zu unterstützen: Die Herrschaft des Verschuldensprinzips verbietet eine wenn auch noch so billige Zufallshaftung des Auftraggebers.

Daß sich gegen ein derartiges Ergebnis offener oder versteckter Widerspruch erheben würde, war zu erwarten. Der deutsche Ge-

---

[29]) Das zur Begründung des Antrags auf Aufnahme einer Bestimmung, wonach der Auftraggeber auch für zufälligen Schaden haften soll, Gesagte, S. 12 dieser Arbeit, kann nur wiederholt werden.

[30]) Früher Art. 93 des A. D. HGB.

[31]) Düringer-Hachenburg, II, 2 zu § 110, I.

[32]) Müller-Erzbach a. a. O., Bd. 106, S. 357 schreibt zu § 110 HGB.: Wenn nun hier nach einer ausdrücklichen Entscheidung des geltenden Rechts der Interessent (die Gesellschaft) es ist, der die in seinem Interesse übernommene Gefahr tragen muß ... sollte man nicht berechtigt sein, für das Auftragsverhältnis sich ebenso zu entscheiden!

danke entspringt zu sehr einem wahren, wirklichen Rechtsgefühl, als daß man ihn einfach hätte übergehen können. Die Schwierigkeiten, die sich seiner Berücksichtigung entgegenstellen, wurden klar gelegt. Wie man nun diese zu überwinden trachtet, soll in dem folgenden Teil der Arbeit gezeigt werden.

B. II. Teil:

Die einzelnen Versuche zur Begründung der Zufallshaftung des Auftraggebers und ihre Würdigung.

1.

Schon in der Begründung, mit der der Antrag auf Aufnahme einer die Schadensersatzpflicht des Auftraggebers regelnden Bestimmung abgelehnt wurde, vertrat, wie erinnerlich, eine Richtung den Standpunkt, daß sich eine solche Vorschrift erübrige, da der Auftraggeber doch zum Ersatze der Aufwendungen verpflichtet sei, und unter diese auch die Schäden fielen, die der Beauftragte bei der Ausführung des Auftrags erleide.

Hier greift nun Brückmann in seinem Werk „die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag" ein. Bei seinen Ausführungen geht er zunächst von folgender Basis aus: „Kann unter den Begriff der Aufwendungen der zufällige Schaden, den der Beauftragte erleidet, nicht subsumiert werden, so ist es unmöglich, eine Haftung des Auftraggebers nach dieser Richtung zu kontruieren" [33]). Da er andererseits die Zufallshaftung bejaht, so ergibt sich für ihn als notwendige Folge nur eine Möglichkeit, sie zu begründen: Durch eine außerordentliche Erweiterung des Begriffs der Aufwendungen. Er behauptet denn auch, daß der Gesetzgeber mit der Formulierung „Aufwendungen" für unsere Frage einen Blankettbegriff geschaffen habe, den sinngemäß auszufüllen die Aufgabe der Wissenschaft und Praxis sei [34]).

Wie gewagt eine solche Behauptung ist, läßt die Darstellung allein nur dessen erkennen, was üblicherweise im Gesetz unter Aufwendungen verstanden sein will. Denn danach sind Aufwendungen auf freiem Willen beruhende und zur Erreichung eines bestimmten Zweckes gemachte Auslagen und Aufopferungen an Vermögenswerten [35]). Sie enthalten also stets ein bewußt und freiwillig gebrachtes Vermögensopfer [36]). Damit aber steht dieser Aufwendungsbegriff im krassesten Gegensatz zu dem des Schadens. Zwar meint

---

[33]) a. a. O., S. 193.

[34]) a. a. O., S. 193.

[35]) So u. a. Böckel S. 399; RG. in Gruchots Beiträgen Bd. 53, S. 576; RGZ. Bd. 98, S. 199; Hoeniger S. 274; Düringer-Hachenburg II, 2, § 110, Anm. 3; Isay S. 143 und 153; v. Tuhr S. 34; Leonhard § 96, S. 216; Enneccerus § 159, Ziff. I; Kress § 17, S. 364.

[36]) Was alles „Vermögensopfer" ist, ist streitig. Ueber die Streitfrage, ob aufgewandte Arbeitszeit Vermögenswert hat, siehe bei Lotmar Bd. 1, S. 86; Oertmann § 670, Anm. 2; Isay S. 145.

das Bürgerliche Gesetzbuch, wenn es von Schaden spricht, gewöhnlich[37]) ebenfalls nur eine Vermögenseinbuße[38]). Während diese aber bei der Aufwendung (eben zur Erreichung eines bestimmten Zweckes) gewollt und absichtlich herbeigeführt wird, tritt sie beim Schaden gegen den Willen und ohne eigenes Zutun ein[39]).

Ueber diesen tiefen Unterschied setzt sich Brückmann hinweg. Der „Blankettbegriff" erlaubt ihm, unter Aufwendung im Sinne des § 670 auch Schäden zu verstehen und damit den einen Begriff unter den anderen zu subsumieren.

Zunächst sei in bloß sprachlicher Beziehung auf das Konstruktionshafte der von Brückmann entwickelten Ansicht, und zwar anhand eines Beispieles, hingewiesen: Führt ein Auftrag den Beauftragten in ein Verbrecherviertel und wird er hier, wie allerdings zu befürchten war, bestohlen, so wäre es dennoch mit unserem Sprachgefühl kaum vereinbar, wollte man den Verlust der gestohlenen Sache als eine Aufwendung des Beauftragten bezeichnen. Nach Brückmann aber müßte dieser als solche gelten. Hierzu kann nur gesagt werden:

Wünschte der Gesetzgeber tatsächlich eine Schadensersatzpflicht des Auftraggebers, so hätte er das wahrlich in anderer Weise zum Ausdruck gebracht, als durch die Verwendung eines Begriffes, dessen Sinn und Bedeutung üblicherweise ganz andere sind. Das einfache Gebot der Klarheit und Verständlichkeit des von ihm zu schaffenden Gesetzes würde ihn schon dazu gezwungen haben.

Abgesehen davon ist schließlich jedoch in erster Linie das Gesetz selbst maßgebend und nicht seine Entstehungsgeschichte bzw. eine bei den Beratungen vertretene Ansicht. Das Bürgerliche Gesetzbuch aber deutet nirgends an, daß es mit den Aufwendungen im § 670 einen besonderen Begriff hat bringen wollen. Vielmehr hat es gerade für Aufwendungen und Schaden ganz allgemein eine unterschiedliche Behandlung getroffen und dadurch die Möglichkeit der Subsumierung des einen Begriffs unter den anderen ausgeschlossen.

Während sich die §§ 256, 257 mit den Aufwendungen beschäftigen, enthalten die §§ 248—255 Bestimmungen über den Schaden, wobei der Schadensersatz eine gänzlich andere Regelung gefunden hat als der Ersatz von Aufwendungen.

Wer zum Ersatz des Schadens verpflichtet ist, hat grundsätzlich den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. (§ 249.) Erst an zweiter Stelle kommt eine Geldentschädigung in Frage (§ 251). Anders beim Aufwendungsersatz. Er geht von vornherein auf Wertersatz in Geld. Weiter besteht hinsichtlich des Umfangs der Ersatzpflicht ein wesentlicher Unterschied. Der zu ersetzende Schaden umfaßt auch den entgangenen Gewinn, was dagegen bei der

---

[37]) Beachte jedoch die Ausnahme in § 1300 BGB.

[38]) Enneccerus II, § 14; Verletzung des Körpers, der Gesundheit usw., sind an sich kein „Schaden", haben aber gewöhnlich eine Vermögenseinbuße (Arztkosten usw.) zur Folge und mögen deshalb kurzweg gleichfalls so benannt sein.

[39]) Vergl. v. Tuhr S. 34.

zu erstattenden Aufwendung nicht der Fall ist. Verkauft z. B. der Beauftragte einen ihm gehörigen Gegenstand, um sich die zur Ausführung des Auftrags erforderlichen Mittel zu beschaffen, so kann er lediglich den erhaltenen Verkaufspreis vom Auftraggeber erstattet verlangen, mag der Gegenstand auch unmittelbar nach dem Verkauf eine außerordentliche Wertsteigerung erfahren haben und so dem Beauftragten ein großer Nachteil entstanden sein.

Mit Recht weist ferner von Thur [40]) darauf hin, daß derjenige, der Ersatz seiner Aufwendungen verlangt, zum Beweise seiner Forderung zur Rechnungslegung verpflichtet ist, während beim Schadensersatz dem Kläger zwar der Beweis seines Schadens obliegt, dieser Beweis aber dort, wo er eben durch die Folgen des schadenbringenden Ereignisses erschwert ist, nicht strikt geführt zu werden braucht [41]).

Daß im übrigen der Unterschied einfach nicht geleugnet werden kann, zeigt noch der § 110 HGB. Dort heißt es, daß Aufwendungen und Verluste zu ersetzen seien. Bei der Möglichkeit einer Subsumierung der beiden Begriffe würde man sich vergeblich fragen, warum beide hier erwähnt werden.

Letzten Endes aber macht das BGB. auch rein sprachlich den Gegensatz erkennbar, wenn es, dem Sprachgefühl folgend, von Schäden „erleiden" (so z. B. in den §§ 307, 701, 1298) und Aufwendungen „machen" spricht (so u. a. in den §§ 1429, 1618, 1648, 1835) [42]).

Nach allen diesen Erwägungen steht fest, daß Aufwendungen und Schaden nach dem Gesetz etwas ganz verschiedenes sind und sein sollen, und daß infolgedessen Brückmann, um sein Ziel, die Schadensersatzpflicht des Auftraggebers, zu erreichen, dem Begriff der Aufwendung Gewalt antut, indem er ihm eine Bedeutung beilegt, die dieser unmöglich haben kann.

Seiner Theorie ist denn auch wenig Erfolg beschieden gewesen, und unter den Schriftstellern hat sich ihr lediglich Orthal [43]) angeschlossen.

Eine andere Meinung erkennt den grundsätzlichen Unterschied zwischen Schaden und Aufwendung an, versucht aber dennoch, und zwar ebenfalls mit Hilfe einer gewissen Erweiterung des Aufwendungsbegriffs, eine Zufallshaftung des Auftraggebers, wenn auch nur für bestimmte Fälle, zu rechtfertigen. Sie wird namentlich von Enneccerus [44]), Eck [45]) und Oertmann [46]) vertreten. Desgleichen auch in einzelnen Entscheidungen vom Reichsgericht [47]).

---

40) a. a. O., S. 35.

41) Dies ergibt sich indirekt aus § 287 Zivilprozeßordnung.

42) Siehe dazu Böckel S. 403.

43) a. a. O., S. 37.

44) a. a. O., II, § 159, Ziff. 4.

45) a. a. O., Bd. I, S. 535 ff.

46) a. a. O., § 670, 3 b.

47) RGZ. Bd. 94, S. 169; Bd. 98, S. 195; JW. 1914, S. 676; Recht 1921 Nr. 1876. ferner folgen ihr Haymann, JW. 1932, S. 367; und wohl auch Hedemann § 55 III, wenn er im Zusammenhang hiermit schreibt: „Manchmal wird man wohl von Aufwendungen reden können."

Man denkt hier an die Aufträge, deren Ausführung notwendigerweise oder doch mit größter Wahrscheinlichkeit einen Schaden des Beauftragten mit sich bringen wird. So wenn beispielsweise jemand den Auftrag erhält, aus einem brennenden Hause irgendetwas zu retten; hier ist unter Umständen mit Sicherheit anzunehmen, daß der Beauftragte geschädigt werden wird. In diesen Fällen nun, wo mit dem Schaden als Folgeerscheinung der Ausführung gerechnet werden muß, soll er als ein freiwilliges Vermögensopfer und somit als Aufwendung aufgefaßt werden können. Bei solchen Tatbeständen, so behauptet Oertmann, verflüchtige sich der Unterschied zwischen Schaden und Aufwendung, da die eintretenden Schäden in gleicher Weise wie die gewöhnlichen Aufwendungen mit der Ausführung des Auftrags innig und untrennbar zusammenhängen. Enneccerus spricht im Zusammenhang hiermit von „bedingten Aufwendungen", die er unter anderem schon darin sieht, daß man, um einen Auftrag auszuführen, bewußterweise Vermögenswerte einer Gefahr aussetzt. Die „Aufwendung" bestehe hier eben darin, daß man die Vermögenswerte der Gefahr aussetze, und sie seien, soweit sie dann tatsächlich geschädigt würden, endgültig aufgewandt.

So geschickt auch diese Begründung ist, vermag sie dennoch nicht den Gegensatz zwischen Schaden und Aufwendung zu überwinden. Die beiden Begriffe sind eben zu verschieden, als daß sie sich unter einen Hut bringen ließen.

Zunächst wird in den meisten dieser Fälle der Beauftragte — das ist eine nicht zu vergessende menschliche Eigenschaft — auch bei größter Gefährlichkeit des Auftrags immer noch hoffen, dem drohenden Schaden irgendwie zu entgehen. Schon aus diesem Grunde wird man hier den eingetretenen Schaden, will man nicht dem natürlichen Empfinden Zwang antun, niemals als freiwilliges Vermögensopfer und deshalb als Aufwendung auffassen dürfen.

Doch auch dann, wenn ein Ausweichen unmöglich und der Eintritt des Schadens mit größter Bestimmtheit zu erwarten ist, kann von einer Aufwendung des Beauftragten nicht gesprochen werden. Denn auch dieser Schaden ist wie jeder andere, d. h. nicht gewollt; er wird nicht absichtlich herbeigeführt, vielmehr nur als lästige, unerwünschte Begleiterscheinung mit in Kauf genommen. Ihm fehlt das zweckbestimmte und zweckfördernde Moment, das gerade der Aufwendung eigentümlich ist; mit anderen Worten, um den sprachlichen Unterschied nochmals hervorzuheben: Auch er wird „erlitten" und nicht „gemacht".

Die unglückliche Regelung, die der Gesetzgeber für unsere Frage getroffen hat, offenbart namentlich hier ihre Wirkungen: Um die Schadensersatzpflicht des Auftraggebers auch nur in den Fällen, in denen sie über allem Zweifel erhaben und selbstverständlich ist, zu begründen, sieht man sich genötigt, zu einer Theorie zu greifen, die einen unüberbrückbaren Gegensatz zu überbrücken versucht, indem sie nämlich zwei entgegengesetzte vom Gesetz selbst verschieden

behandelte Begriffe vereinen will. Daß ein solcher Versuch eine Begriffsverwischung und infolgedessen Unklarheit als notwendige Folge haben muß, ist nicht zu bestreiten.

Im übrigen ist diese Theorie insofern nur eine halbe Lösung, als sie dort versagt, wo der Schaden gänzlich unerwartet auf den Beauftragten hereinbricht, und es trotzdem recht und billig ist, den Auftraggeber hierfür haften zu lassen.

2.

Beiden bisher wiedergegebenen Ansichten ist gemeinsam, daß sie mit Hilfe einer Ausdehnung des Aufwendungsbegriffs eine Haftung des Auftraggebers konstruieren und den § 670 unmittelbar anwenden. Einen Schritt weiter geht Hoeniger[48]), wenn er eine nur analoge Anwendung dieses Paragraphen vorschlägt. Anlaß hierzu bot ihm eine Reichsgerichtsentscheidung[49]), wo der Tatbestand folgender war: Ein Wirt, der von zwei in seinem Lokal sich befindlichen Handwerksburschen bedroht und verletzt wurde, rief zwei andere Gäste zu Hilfe und forderte sie auf, die Burschen aus der Gaststube zu entfernen. Diese kamen der Aufforderung nach, erhielten dabei aber von den Handwerksburschen durch Hiebe mit einem Bierglas und durch Messerstiche schwere Verletzungen. Die von den beiden Gästen gegen den Wirt erhobenen Schadensersatzansprüche hat das Reichsgericht abgelehnt, weil es sich bei den erlittenen Schäden nicht um Aufwendungen handele. Das wird nun zwar von Hoeniger zugegeben, dennoch meint er, daß jene Schäden den Aufwendungen außerordentlich ähnlich seien, da sich die Gäste ja bewußtermaßen ihrer Gefahr ausgesetzt hätten. Diese Aehnlichkeit aber gestatte es, sie gleich den Aufwendungen zu behandeln.

Ein solcher Standpunkt ist indessen mit dem Wesen der Analogie nicht in Einklang zu bringen, bedeutet vielmehr seine völlige Verkennung. Analogie heißt, einen hinter einem Rechtssatze stehenden Grundgedanken des Gesetzes, den es an sich nur für ein bestimmtes Verhältnis ausgesprochen hat, auf andere wesensgleiche Verhältnisse anwenden[50]).

Das Erfordernis der Wesensgleichheit aber fehlt hier. Man braucht nur an den Gegensatz zwischen Aufwendung und Schaden zu denken, um das zu erkennen. Wie wir gesehen haben, bedeutet Aufwendung ein freiwilliges, Schaden ein unfreiwilliges Vermögensopfer. Berücksichtigt man das und vor allem die grundverschiedene Behandlung der beiden Begriffe im Gesetz selbst, so spricht schon allein der Umstand, daß nach § 670 lediglich Aufwendungen zu ersetzen sind, gegen die Möglichkeit der von Hoeniger vorgeschlagenen Analogie. Doch könnte man sich hierüber vielleicht noch hinwegsetzen, wenn hinter dem § 670 der einheitliche Grundgedanke

48) a. a. O., S. 274 ff.
49) RG. in JW. 1909, S. 311, 7.
50) So Böckel S. 405; Dernburg Pand. Bd. 1, § 38, Ziff. 1; Lehmann S. 59.

stände, daß der Beauftragte ohne jeden Nachteil aus der fremdnützigen Tätigkeit hervorgehen soll. Daß aber ein solcher Gedanke in das vom Verschuldensprinzip beherrschte Bürgerliche Gesetzbuch nicht aufgenommen wurde, ist bereits in genügendem Maße hervorgehoben worden.

3.

Mit diesem letzten, von Hoeniger vertretenen Standpunkt erschöpfen sich die Theorien, die die Zufallshaftung des Auftraggebers durch ein unmittelbares oder entsprechendes Anwenden des § 670 BGB. zu begründen suchen. Die nun folgenden verlassen das engere Gebiet des Auftragsrechts und stützen sich in der Hauptsache auf den Grundsatz von Treu und Glauben. Es handelt sich um zwei Theorien, von denen die eine § 242 BGB., die andere § 157 BGB. als Grundlage benutzt. Es sei zunächst auf die erstere eingegangen, deren bekanntesten Anhänger Dernburg [51]), Crome [52]) und Stammler [53]) sind.

Nach § 242 ist der Schuldner verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Ausgehend von der Grundanschauung, daß die Zufallshaftung des Auftraggebers recht und billig ist, halten die Genannten es für eine sich aus dem in § 242 ausgesprochenen Grundsatze von Treu und Glauben ergebende Pflicht des Auftraggebers, dem Beauftragten neben den Aufwendungen auch die erlittenen Schäden zu ersetzen.

So bestechend diese Lösung auf den ersten Blick sein mag, einer genauen Betrachtung des § 242 hält sie nicht stand.

Denn § 242, das übersehen die Anhänger dieser Theorie, setzt nach seinem Wortlaut eine Verpflichtung voraus, begründet diese jedoch nicht. Er gibt nur Richtlinien, wie eine schon bestehende Verpflichtung zu erfüllen ist, nämlich „wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern". Nicht aber vermag er selbständig Schuldverhältnisse hervorzurufen [54]).

Der Beweis für die Richtigkeit dieser Behauptung ist nicht nur die Fassung des § 242 selbst, sondern auch das Vorhandensein des § 157. Dort heißt es, daß Verträge so auszulegen sind, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Hier werden also die Grundsätze bestimmt, nach denen über die Bedeutung und den Umfang einer vertraglichen Abrede entschieden werden soll. Das Verhältnis der beiden Vorschriften zueinander kann demzufolge aber nur so sein: Erst wenn mit Hilfe der Auslegungs-

[51]) a. a. O., Das bürgerliche Recht, S. 456.
[52]) a. a. O., S. 617, Anm. 39.
[53]) a. a. O., S. 339.
[54]) Daß § 242 gegebenenfalls innerhalb eines schon bestehenden Schuldverhältnisses neben der Hauptpflicht gewisse Nebenpflichten erzeugen kann, ist hier nicht zu berücksichtigen, da es sich bei unserer Schadensersatzpflicht des Auftraggebers stets um eine Hauptpflicht handelt.

regel des § 157 die Verpflichtung in ihrer Tragweite festgestellt ist, greift hinsichtlich der Art und Weise ihrer Erfüllung § 242 Platz.[55]) Andernfalls wäre § 157 überflüssig. Daraus aber erhellt eindeutig die Tatsache, daß der Grundsatz von Treu und Glauben, wie er in § 242 zum Ausdruck gebracht wird, eine Haftungsbegründung nicht ermöglicht, sind hier doch seiner Anwendung ganz bestimmte, enge Grenzen gesetzt.

4.

Die zweite Theorie, mit ihr schließt sich die Reihe der Begründungsversuche, konstruiert eine Schadensersatzpflicht im Wege der Vertragsauslegung nach § 157. Man hilft sich mit ihr in den Fällen, wo ein Auftrag in Kenntnis oder bei Vorhersehbarkeit der mit seiner Ausführung verbundenen Gefahren erteilt wird.

Eine solche Auftragserteilung, so argumentiert man, müsse nach Treu und Glauben dahin ausgelegt werden, daß sie das stillschweigende Versprechen des Auftraggebers in sich berge, den Beauftragten schadlos zu halten. Am weitgehendsten wird dieser Standpunkt von Planck vertreten, der damit jede theoretische Streitfrage für erledigt hält, biete doch dieser Weg einer vernünftigen Praxis stets die Möglichkeit, überall dort, wo die Billigkeit die Tragung des Schadens durch den Auftraggeber fordere, eine stillschweigende Garantieübernahme nach § 157 anzunehmen.[56])

Das Reichsgericht hat in der bereits erwähnten Entscheidung in der juristischen Wochenschrift 1909 S. 311 zunächst solche Erwägungen abgelehnt, da eine derartige Auffassung auf einem Umwege für alle Fälle eines Auftrags, dessen Ausführung mit Gefahr verbunden sei, zu der von dem Gesetzgeber gerade nicht gewollten Haftung des Auftraggebers für den Schaden des Beauftragten führen würde. Später jedoch hat es sich von solchen Bedenken frei gemacht und in folgenden Fällen mittels Annahme eines stillschweigenden Garantieversprechens eine Ersatzpflicht des Auftraggebers bejaht:

I. RGZ. Bd. 94 S. 169: Ein Polizeibeamter hatte jemand damit beauftragt, einen sich herumtreibenden, der Tollwut verdächtigen Hund einzufangen. Beim Versuch, den Hund zu ergreifen, wurde der Beauftragte von diesem gebissen, so daß er eine erhebliche dauernde Verletzung davon trug.

II. RG. in JW. 1927/S. 441: Ein Polizeibeamter hatte eine Privatperson damit beauftragt, einen Verhafteten zu bewachen. Bei der Ausführung des Auftrags wurde sie von diesem erstochen. Das besonders Auffällige ist hier, daß das Reichs-

[55]) So Danz a. a. O., S. 153; Oertmann zu § 157; RGR.-Kommentar zu § 157; Planck zu § 242, Anm. 2 und 3a; Böckel S. 423; letzterer schreibt: § 242 BGB. befiehlt seinem undehnbaren Wortlaute nach, wie die Leistung zu bewirken ist. Er sagt nicht, was eine Leistung enthält, was ihr Inhalt ist, sondern in welcher Art und Weise sie zu erfüllen ist.

[56]) a. a. O., § 670, Anm. 5.

gericht eine stillschweigende Vereinbarung nicht nur auf Sicherstellung der Person des Beauftragten, sondern auch seiner auf seine Unterhaltspflicht angewiesenen Angehörigen angenommen hat.

III. RG. im Recht Nr. 1829: Ein Gastwirt geriet bei dem Versuch, einen unter seinen Gästen ausgebrochenen Streit zu schlichten, in Bedrängnis. Ein ihm zu Hilfe kommender, in seiner Wirtschaft angestellter Garderobier wurde von den Streitenden schwer verletzt. Da es streitig war, ob der Wirt um Hilfe gerufen hatte, schloß das Gericht aus der Tatsache, daß sich das Eingreifen des Garderobiers vor den Augen des Bedrängten mit dessen stillschweigender Duldung zugetragen hat, auf eine Willenseinigung und damit auf ein Auftragsverhältnis zwischen den beiden.

IV. RG. in JW. 1931/S. 3441: Bei der Ausführung des Auftrags, ein krankes Pferd zu stützen, erlitt der Beauftragte dadurch eine Verletzung (Leistenbruch), daß sich das Tier plötzlich auf eine Seite neigte und er infolgedessen allzu schwer belastet wurde.

Als tatsächliche Grundlage, auf der sich nach § 157 die Vertragsauslegung rechtfertige, daß der Auftraggeber das Aufkommen für den dem Beauftragten durch die Ausführung des Auftrags zustoßenden Schaden stillschweigend übernommen habe, bezeichnet das Reichsgericht einmal, daß die Ausführung des erteilten Auftrags von vornherein mit einer Gefahr in der Richtung des eingetretenen Schadens verbunden war, und ferner, daß diese Gefährlichkeit von beiden Teilen in Rechnung gezogen werden mußte und in Rechnung gezogen worden ist.[57])

Daß die Annahme eines solchen „stillschweigenden Garantieversprechens" gezwungen konstruiert und unnatürlich ist, wird namentlich der juristische Laie empfinden. Gerade ihm wird es unverständlich sein, warum es zur Begründung einer seinem Rechtsgefühl ohne weiteres zusagende Entscheidung erst noch notwendig ist, den Parteien Willenserklärungen zuzuschieben, die sie weder geäußert noch an die sie überhaupt gedacht haben.[58])

Aber auch von rein juristischer Warte aus gesehen müssen sich gegen die Zulässigkeit einer solchen Konstruktion die größten Zweifel erheben.

Gewiß ermächtigt § 157 dazu, nicht nur die einzelnen tatsächlich vorhandenen Vertragsbestimmungen auszulegen, sondern auch dar-

---

[57]) JW. 1931, S. 3442

[58]) Müller-Erzbach a. a. O., Bd. 106, S. 357, 358, schreibt zutreffend über solche Konstruktionen: „Das ist ein neuer Beleg dafür, daß die Gerichte, wenn sie in der Verlegenheit sind, wie sie entscheiden sollen, gern den Ausweg wählen, daß sie den Parteien die Entscheidung selbst als angebliche stillschweigende Willenserklärung in den Mund legen. Könnte man aber derartig umständliche Rechtsfeststellungen einfach den Parteien, auch wenn sie gar nicht den Mund geöffnet haben, von den Lippen lesen, dann bedürfte es des größten Teils unseres Rechtes nicht. Jede vernünftige Rechtsregel wäre einfach als stillschweigend vereinbart anzusehen."

über hinaus im Wege der ergänzenden Auslegung eine Lücke des Vertrages auszufüllen. Für eine derartige Ergänzung ist aber nur dann Raum, wenn der Vertrag innerhalb seines wirklich gegebenen Rahmens oder innerhalb der wirklich getroffenen Vereinbarungen der Parteien eine Lücke aufweist, niemals jedoch, wenn sie zu einer Erweiterung des Vertragsgegenstandes selbst führen würde.[59]) Wenn nun nach § 670 BGB. der Auftraggeber ausdrücklich nur verpflichtet ist, die Aufwendungen zu ersetzen, sollten nicht durch die Unterstellung des stillschweigenden Garantieversprechens, auch für den Schaden aufzukommen, die Grenzen einer erlaubten Ergänzung überschritten sein, zumal sich eine solche Schadenshaftung kaum mit dem Verschuldensprinzip des Gesetzes in Einklang bringen läßt? Böckel bejaht das. Denn, so schreibt er[60]), „gerade der § 670 BGB. steht der Annahme einer Schadensersatzpflicht vermittels Auslegung des Auftragsvertrages entgegen. Der Umfang der Aufwendungen läßt sich in der Regel voraussehen. Der Schaden, den wir erörtern, ist nicht voraussehbar. Wenn also Treu und Glauben schon die der Höhe nach unabsehbare Schadensersatzpflicht fordern würden, so hätte das Gesetz es sich sparen können, die weit weniger drückende Ersatzpflicht für Aufwendungen zu normieren". Dann fährt er fort: „Angesichts des Unterschieds zwischen Aufwendungen und Schaden in ihrer rechtlichen Natur und in der vermögensrechtlichen Tragweite hieße die Annahme der Ersatzpflicht nach § 157 zu den gesetzlichen Möglichkeiten der Entstehung von Verpflichtungen eine ganz neue, eigen geartete hinzufügen. Damit würden wir aber nicht dem Vertrage durch eine ausdehnende Auslegung eine unerwähnte Einzelwirkung entnehmen, sondern wir würden in den Vertrag ein neues, selbständiges Schuldverhältnis hineinlegen, ein neues, mit seinen Voraussetzungen und seinen Einzelwirkungen in sich geschlossenes Schuldverhältnis schaffen. Das wäre aber keine Auslegung mehr."

Ich kann mich diesen Ueberlegungen nur anschließen. Doch abgesehen von der Frage, ob § 157 eine derartige Auslegung des Auftragsvertrages gestattet, tritt die Unzulänglichkeit der hier angewandten Konstruktion und im Gefolge damit die Unzulänglichkeit der vom Gesetzgeber gewählten Behandlung unserer Frage bei der „Geschäftsführung ohne Auftrag" ganz klar hervor. Dort können nämlich die Rückschlüsse, die das Reichsgericht aus der Kenntnis bzw. Vorhersehbarkeit der Gefahr für eine Haftungsübernahme macht, nicht gezogen werden und aus diesem Grunde auch nicht über die vorhandenen Mängel hinwegtäuschen. Denn bei der Geschäftsführung ohne Auftrag" ist entsprechend ihrem Wesen die Annahme eines Garantieversprechens seitens des Geschäftsherrn schlechterdings unmöglich. Das sich hieraus ergebende notwendige Resultat ist aber eine durch nichts zu rechtfertigende Schlechterstellung des auftraglosen Geschäftsführers. Mag dieser hinsichtlich des Auf-

[59]) Vergl. Staudinger § 157, Anm. 5; RGR.-Kommentar zu § 157.
[60]) Böckel S. 419.

wendungsersatzes auch wie ein Beauftragter gestellt sein[61]), infolge der Unmöglichkeit, eine stillschweigende Haftungsübernahme zu seinen Gunsten zu konstruieren, ist es ihm verwehrt, Ersatz für die bei der Ausführung des Geschäftes erlittenen Schäden zu verlangen. (Es sei denn, man tarne diese wiederum als Aufwendungen.)

Der Retter also, der, ohne erst eine Aufforderung abzuwarten, nur aus eigenem innersten Antrieb dem bedrohten Wirt[62]) zu Hilfe eilt, hat keinen Anspruch auf Schadensersatz, obwohl er gerade hier die größte Anteilnahme und Bewunderung verdient. Desgleichen schützt seine auf seine Unterhaltspflicht angewiesenen Angehörigen im Falle, daß er bei der Rettungstat sein Leben opfert, kein „stillschweigendes Garantieversprechen, sie sicher zu stellen".

Diese Ergebnisse aber lassen besser als alles andere erkennen, wie wenig eine Anwendung des § 157 geeignet ist, die Frage der Schadensersatzpflicht des Auftraggebers gegenüber dem Beauftragten in einwandfreier, ungekünstelter Art zu lösen.

C. Schluß.

Betrachtungen im Hinblick auf die Rechtserneuerung.

1.

Wenn wir uns nun die verschiedenen Theorien noch einmal in das Gedächtnis zurückrufen, so finden wir unter ihnen keine, die frei von Mängeln wäre. Jede dieser Theorien tut in irgend einer Weise dem Gesetz Gewalt an, setzt sich über es hinweg, und ist infolgedessen angreifbar. Es ist eben ein vergebliches Unternehmen, eine vom Gesetz selbst nicht gewünschte Entscheidung dennoch aus ihm heraus begründen zu wollen. Solange das Bürgerliche Gesetzbuch bei seinem Verschuldensprinzip verharrt und nicht ausdrücklich die Zufallshaftung des Auftraggebers vorschreibt, wird jeder Versuch, sie trotzdem zu bejahen, zu wagen, mit einem wirklich volksnahen Recht nicht zu vereinenden Konstruktionen führen. Die Reform darf deshalb an unserer Frage nicht achtlos vorübergehen.

Sie muß sich allerdings bewußt sein, daß es mit der Statuierung einer Schadensersatzpflicht des Auftraggebers allein nicht getan ist. Eine solche ohne jede Einschränkung würde in nicht genügendem Maße dem Einzelfall gerecht werden können. Es bestände die Gefahr, daß beispielsweise dort, wo die Ausführung eines Auftrages sowohl im Interesse des Auftraggebers als auch des Beauftragten

[61]) § 683 Satz 1 BGB. lautet: Entspricht die Uebernahme der Geschäftsführung dem Interesse und dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn, so kann der Geschäftsführer wie ein Beauftragter Ersatz einer Aufwendungen verlangen.

[62]) Man stelle sich nur vor, der Wirt sei schon bewußtlos geschlagen, so daß die Annahme einer Willenserklärung seinerseits völlig ausgeschlossen wäre.

liegt, die einseitige Belastung nicht mehr der Billigkeit entsprechen würde und vom summum ius gegenüber dem einen zum summa iniuria für den anderen nur ein Schritt wäre. Das gleiche träfe zu, wollte man, abgesehen von einer Interessenabwägung, jeden Schaden, den der Beauftragte bei der Ausführung des Auftrages erleidet, den Auftraggeber tragen lassen. Nur der Nachteil, der in unmittelbarer Verbindung und in ursächlichem Zusammenhange mit der Erfüllung des Auftrages erlitten wurde, kann dem Auftraggeber aufgebürdet werden[63]), will man nicht der Billigkeit untreu werden.

Das erhellt aus einem einfachen Beispiel: A beauftragt den B, nach Berlin zu fahren, um dort einen hartnäckigen, jähzornigen Schuldner zu mahnen. B benutzt den Berliner Besuch, um sich einen neuen Film anzusehen und kommt bei einer während der Vorstellung ausbrechenden Panik zu Schaden. Für diesen wird sicherlich keiner den A haften lassen wollen. Anders dagegen, wenn der Schuldner, erbost über die Mahnung, sich zu Tätlichkeiten hinreißen läßt und B verletzt; denn hier ist, um mit Unger zu sprechen, der eingetretene Schaden ex causa mandati und nicht ex occasione mandati entstanden[64]).

Wann allerdings das eine oder das andere der Fall ist, wird sich niemals in bestimmte Regeln fassen lassen, sondern stets eine Frage der richterlichen Beurteilung der individuellen Umstände sein[65]).

Eine weitere Voraussetzung der Haftung des Auftraggebers muß sein, daß die Ausführung des Auftrages eine „erhöhte Gefährdung" des Beauftragten mit sich bringt, und diese den Schadenseintritt außerordentlich begünstigt. Erst durch sie nämlich wird der Beauftragte über die ihn in seinem alltäglichen Leben bedrohenden Gefahren hinaus in eine erhöhte Gefahrenzone versetzt, die eine Haftung rechtfertigt[66]). Wenn A den B beauftragt, einen Brief zur Post zu bringen — ein Weg, den B an diesem gewöhnlichen Tage unzählige Male geht —, so ist das etwas anderes, als wenn B den gleichen Auftrag an einem Tage erhält, wo größtes Glatteis herrscht und er sich sonst niemals auf die Straße wagen würde. Verunglückt B bei der Ausführung des Auftrags an dem gewöhnlichen Tage, so liegt das in den für jeden Verkehrsteilnehmer bestehenden üblichen Gefahren begründet, für die jedoch zweifellos der Auftraggeber keineswegs einzustehen hat. Stürzt B aber infolge des Glatteises und verletzt er sich dadurch, so ist das in erster Linie auf die mit der Ausführung des Auftrages verbundene erhöhte Gefährdung des Be-

---

63) Vergl. Unger, S. 330.

64) a. a. O., S. 330.

65) so zutreffend Unger S. 330.

66) Ob eine „erhöhte Gefährdung" vorliegt, hängt ebenfalls von den individuellen Umständen und auch von dem Zeitempfinden ab. So bedeutet z. B. der Großstadtbetrieb für den Kleinstädter gegebenenfalls eine erhöhte Gefährdung, nicht aber für den daran gewöhnten und ihn jeden Tag erlebenden Großstädter. Die Fahrt mit der Eisenbahn dürfte heute ohne erhöhte Gefährdung sein, anders aber wohl noch die Benutzung eines Flugzeuges.

auftragten zurückzuführen. Gegen eine Haftung des A bestehen hier keine Bedenken.

Keinesfalls notwendig ist es jedoch, daß diese besondere Gefährdung den Parteien von vorneherein bekannt oder von ihnen vorauszusehen ist. Es genügt vielmehr, daß die spätere Ausführung, sei es auch nur eine einzelne Ausführungshandlung, die Gefahrsteigerung in sich birgt. Hat A den B beauftragt, für ihn mehrere Tiere einzukaufen, und kauft B schuldloserweise unter anderen ein krankes Tier, das seine eigenen ansteckt, so brachte ihm dieser eine Kauf als ein Teil der Ausführung die „erhöhte Gefahr der Ansteckung", welche die Erkrankung der eigenen Tiere, und damit eine Vermögensschädigung des Beauftragten, in hervorragendem Maße förderte.

Nach § 670 BGB. sind nur die Aufwendungen zu ersetzen, die der Beauftragte den Umständen nach für erforderlich halten durfte. Der gleiche Gedanke der Erforderlichkeit hat auch hier seine Berechtigung. Die einzelne gefahrerhöhende Ausführungshandlung muß erforderlich gewesen sein, denn andernfalls würde die Haftung des Auftraggebers eine nicht mehr zu verantwortende Erweiterung erfahren. Man denke nur an die Fälle, bei denen der mit der Erfüllung des Auftrages gegebene geringe Erfolg in keinem Verhältnis zu den großen mit der von dem Beauftragten willkürlich gewählten Ausführungshandlung verbundenen Gefahren steht. Die Haftung wäre dort nur geeignet, ein törichtes und sinnloses Handeln des Beauftragten zu unterstützen.

Die Frage, wann eine Ausführungshandlung erforderlich war und wann nicht, ist aus denselben Gründen wie bei den Aufwendungen nur vom Standpunkt des Beauftragten aus zu beantworten. Es wäre eine Ungerechtigkeit gegen den Beauftragten, würde man die Ersatzpflicht des Auftraggebers nur an eine rein objektiv gesehene Nützlichkeit oder Notwendigkeit der Ausführungshandlung knüpfen. In den Motiven Bd. 21 S. 541 heißt es im Zusammenhang hiermit für den Aufwendungsersatz: „Es muß vielmehr genügen, wenn der Beauftragte bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters die Aufwendungen als erforderlich zum Zwecke der Ausführung des Auftrages anzusehen hatte." Ich möchte noch einen Schritt weiter gehen. Auch der rein objektive Maßstab der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters muß fallen gelassen werden. Nicht darauf kann es ankommen, wie ein solcher in der Lage des Beauftragten gehandelt haben würde, sondern es ist darnach zu fragen, welches Maß an Einsicht und Verständnis von dem Beauftragten unter Berücksichtigung seiner gesamten Persönlichkeit in dem vorliegenden Einzelfall erwartet werden konnte. Der Auftraggeber mag sich über die Fähigkeiten eines anderen unterrichten, bevor er diesem einen Auftrag erteilt. Genügen sie ihm nicht oder mißtraut er ihnen, so soll er selbst handeln. Aber es wäre höchst unbillig, den Beauftragten den Schaden aus einer Ausführungshandlung, die er bei seinen Fähigkeiten den Umständen nach für erforderlich halten durfte, tragen zu lassen, nur weil ein Klügerer in der gleichen Lage

vielleicht weitsichtiger und besser gehandelt hätte. Die Wahl eines Beauftragten — das ist etwas ganz Selbstverständliches — bedeutet für den Auftraggeber stets ein gewisses Risiko, mit dem er sich als „Unternehmer" abfinden muß. Dieses Unternehmer-Risiko ist es ja schließlich auch, das den Auftraggeber desgleichen dann dem Beauftragten gegenüber zum Schadensersatz verpflichtet, wenn die Ausführung des Auftrages gescheitert ist.

2.

Den angestellten Erwägungen wird sich die Reform nicht verschließen können. Bei allem aber darf eines nicht vergessen werden: Auch die beste Regelung der Haftungsfrage muß versagen, solange die einmal begründete Haftpflicht stets darauf ausgeht, dem Geschädigten den vollen Schaden zu ersetzen. Das jedoch ist gerade das Charakteristische unseres geltenden Schadensersatzrechtes: einerlei, ob jemand einem anderen vorsätzlich oder fahrlässig Schaden zufügt, ob also mit größtem oder nur geringstem Verschulden, wo immer auch ein Haftungsgrund nach dem BGB. gegeben ist, stets geht er auf vollen Interessenersatz. Selbst in den Fällen, wo ausnahmsweise auch ohne Verschulden gehaftet wird[67]). Dabei ist es völlig gleichgültig, ob der Täter durch die Ersatzpflicht wirtschaftlich zugrunde gerichtet wird oder nicht. „Alles oder nichts" ist die Parole.

Wie sehr aber eine solche Starrheit des Schadensersatzrechtes im besonderen für den ohne Verschulden haftenden Auftraggeber zu den größten Härten führen kann, bedarf keiner langatmigen Erörterungen: Der arme Gerettete, der Zeit seines Lebens seinem Retter eine hohe Rente zahlen muß, wird an dem wiedergewonnenen Leben sicherlich nicht mehr allzuviel Freude haben, und sich oftmals fragen, warum er eigentlich gerettet sei.

Solange nicht dieses starre Ersatzrecht einem schmiegsamen, billigen Ausgleichsrecht[68]) gewichen ist, wird eine endgültige, zufriedenstellende Lösung unserer Frage nicht möglich sein. Gewiß hat der Beauftragte den Schaden im fremden Interesse erlitten und verdient deshalb einen Ersatzanspruch. Aber dieser darf den Auftraggeber nicht vernichten. Der Richter muß die Möglichkeit haben, die besondere Lage des Einzelfalles zu berücksichtigen. Er muß die individuellen Verhältnisse der Parteien gegeneinander abwägen und bestimmen können, inwieweit der Schaden von dem einen oder dem anderen tragbar ist. Gerade bei der Haftung ohne Verschulden kann die Vermögenslage der Parteien und damit zusammenhängend die Tragbarkeit des Schadens nicht gleichgültig sein.

---

[67]) Beachte die einzige Ausnahme in § 829.

[68]) Lange, S. 82, weist auf den Ansatz zu einem solchen billigen Ausgleichsrecht in § 829 BGB. hin und fordert seine Ausdehnung auf das gesamte Schadensersatzrecht.

Es geht nicht an, den schuldlos Haftenden mit dem auf eine Stufe zu stellen, der fahrlässig oder gar vorsätzlich mit verbrecherischem Willen Schaden stiftet. Dieser Standpunkt des BGB. ist heute überwunden. „Das offenbart nichts mehr als die Begründung, mit welcher der Gesetzgeber eine Abstufung des Umfanges der Schadensersatzpflicht nach Art und Grad des Verschuldens ablehnt. In ihr heißt es u. a., daß die Zulässigkeit einer solchen Abstufung dem Richter eine Befugnis einräumen würde, die eine von dem deutschen Rechte abgelehnte besondere autoritative Stellung des Richters zur Voraussetzung hätte“ [69]).

Der heutige Gesetzgeber steht solchen Gedankengängen fern. Nicht starre Rechtssicherheit, sondern wahre Gerechtigkeit ist ihm das höchste Ziel [70]). Er verlangt von seinem Werke Dehnbarkeit und größte Anpassungsfähigkeit an die mannigfaltigen Lebenserscheinungen. Die besondere autoritative Stellung des Richters ist ihm deshalb Notwendigkeit.

Die Bedenken, die früher bestanden, sind heute weggefallen. Es fehlt nicht an Vorbildern [71]) für eine Neuregelung des Schadensersatzrechtes. Möge sich die Reform ihrer bedienen.

---

[69]) Motive II, S. 18.

[70]) Vergl. hierzu die Ausführungen bei Lange, S. 82 ff.

[71]) So stuft schon das Oesterreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch den Umfang des Schadensersatzes nach dem Grad des Verschuldens ab (§§ 1324, 1331, 1332), ebenfalls der code civil (Art. 1150, 1151), ferner auch Schweizer Obligationenrecht, Art. 99.